Archiv
für die
Civilistische Praxis.

Achtunddreißigster Band. Drittes Heft.

XIII.

Beitrag zur Lehre von der substitutio tacita.

Nebst einem Rechtsfalle.

Von
Herrn Dr. **Carl Fuchs**,
Privatdocenten zu Marburg.

Bekanntlich versteht man unter der Pupillarsubstitution des neuern Römischen Rechtes die von einem Hausvater testamentarisch angeordnete Ernennung eines Erben für sein Hauskind auf den Fall, daß dieses in der Unmündigkeit versterben würde.

Die Anschauung, daß der Vater letztwillig über fremdes Vermögen schaltet, daß der von ihm eingesetzte Erbe als Erbe des Kindes, und nicht des Vaters erscheint, ist indessen nicht die Grundidee in der Entwicklung dieses Rechtsinstituts. Vielmehr ist der Grundgedanke dieser Substitution, wie schon der Name andeutet, der einer modificirten Vulgarsubstitution und nur hierin findet eine Reihe noch heute gültiger Bestimmungen ihre befriedigende Erklärung.[1])

Hiernach war die ursprüngliche Voraussetzung, unter welcher der Hausvater von seinem Rechte, eine Pupillar-

1) Vergl. die überzeugende Ausführung von Francke, Recht der Notherben S. 458 ff., und Vangerow, Lehrb. II, §. 452 S. 207 ff.

substitution anzuordnen, Gebrauch gemacht, die, daß er in seinem Testamente für sein eignes Vermögen sein Hauskind zum Erben einsetzte; denn nur in diesem Falle konnte von einer Substitution die Rede sein. Auch hatte der Vater nur dann, wenn er sein Vermögen seinem Kinde hinterließ, einen Anlaß, eine weitere Bestimmung für den Fall zu treffen, daß dieß Kind unmündig versterben sollte. So lange er lebte, erwarb das Kind (wenn überhaupt von Erwerb Seitens eines unmündigen Kindes, von lukrativen Erwerbstiteln abgesehen, die Rede sein konnte) nur dem Vater. Nach dessen Tode aber war, wenn das Kind enterbt worden, der selbstständige Vermögenserwerb bis zum 14. bezw. 12. Jahre von zu geringer Bedeutung, und die Möglichkeit, daß es auf lukrativem Wege etwas Namhaftes erhalte, lag sicher in den meisten Fällen zu fern, als daß der Vater dadurch bei Errichtung seines Testaments zu jener Bestimmung hätte bewogen werden können.

Die Befugniß des Hausvaters, über sein auf das Hauskind vererbtes Vermögen in der vorbezeichneten Weise weiter zu disponiren, wurzelte in nationalem Boden, in dem dem ius civile angehörigen Römischen Familienrechte. Die in der väterlichen Gewalt begründete Personeneinheit zwischen Vater und Hauskind wirkte nach dem Tode des ersteren dergestalt fort, daß das Kind die mit ihm verwachsene Persönlichkeit des Vaters nur fortsetzte,[2]) und dieß führte zu der nahe liegenden Fol-

2) Nach dem Zwölftafelgesetze sind nur die sui die Erben des Vaters, der Agnat bekommt nur in ihrer Ermangelung das Vermögen (si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto). Wenn der Hausvater einen Andern als den suus zum Träger seiner durch den Tod frei werdenden Persönlichkeit durch Erbeinsetzung bestimmen wollte, so mußte er zuvor durch exheredatio verfügen, daß die mit seinem Hauskinde bestehende Personeneinheit mit seinem Tode aufgehoben sein solle. Vergl. Gaius II, §. 157 und Paulus in fr. 7 pr. de bon. damn. 48, 20 und in fr. 11 de lib. et post. 28, 2.

gerung, daß der Vater eine successive Repräsentation seiner Persönlichkeit wenigstens auf denjenigen Zeitraum nach seinem Tode hinaus anordnen konnte, in welchem es dem Hauskinde unmöglich war, testamentarisch eine Succession anzuordnen. Dieser Zeitraum umfaßte die Jahre der Impubertät des Hauskindes. Hieraus erklärt es sich, daß das Recht des Hausvaters zur Anordnung einer Pupillarsubstitution auf Römische Sitte und darin begründetes Gewohnheitsrecht zurückgeführt wird.[3])

Nachdem erst August das peculium castrense geschaffen und damit der Vorschrift des Civilrechts, daß ein Hauskind eignes Vermögen nicht haben könne, den Charakter einer durchgängigen Regel entzogen hatte, mußte dem Haussohne schon zu Lebzeiten des Vaters für gewisse Vermögensobjekte eine von diesem unabhängige, selbstständige Persönlichkeit zugesprochen werden.[4])

Bald und leicht mußte hierdurch die dem ius gentium entsprechende Anschauung vermittelt werden, daß dasjenige, was das Kind nach dem Tode des Vaters, also

---

3) Fr. 2 de vulg. et pup. subst. 28, 6: Moribus introductum est, ut quis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, feminae ad duodecim; quod sic erit accipiendum, si sint in potestate. Vergl. pr. J. h. t. 2, 16.

4) Der Bestimmung August's, daß der Haussohn das in castris Erworbene frei vererben könne, schloß sich in gleichem Geiste eine Verfügung von Hadrian an, wonach der filius familius castrensische Sklaven manumittiren darf und diese seine liberti werden. Wie klar man sich des Charakters dieser Bestimmungen als tief in das alte Civilrecht einschneidender Neuerungen bewußt war, und wie sehr es die Römischen Juristen verstanden, neues abänderndes Recht unbeschadet des ihm zu Grunde liegenden Princips an das alte Recht anzuschließen, zeigt die Fortentwicklung jener kaiserlichen Verordnungen durch die Doktrin, wonach der Haussohn über sein castrensisches Vermögen wie ein paterfamilias schalten kann, in Ermangelung eines Testamentes aber dieß Vermögen an den Hausvater nicht als Erben des Sohnes, sondern iure communi als peculium (profectitium) zurückfällt. Vergl. pr. J. quibus non est permissum 2, 12; fr. 1. 2. 14 pr. 19 §. 3 de castr. pec. 49, 17; c. 5 eod. 12, 37.

nach Auflösung der väterlichen Gewalt, von diesem ererbt hatte, von jener Zeit an als eignes Vermögen des Kindes anzusehen sei, und mit noch größerem Rechte mußte dieß von dem Erwerbe gelten, welchen das Kind — mochte es vom Vater zum Erben ernannt oder enterbt sein — nicht als Ertrag des väterlichen Nachlasses, sondern unabhängig davon machte, quod ex adventitio acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit,[5]) z. B. durch Beerbung dritter Personen.

Man unterschied nunmehr zwei Vermögenscomplexe, den des testirenden Vaters und denjenigen des Kindes, welcher demnächst im geerbten väterlichen Nachlasse oder im selbstständigen Erwerbe bestehen würde,[6]) und folgeweise auch zwei Erbschaften.[7])

Der Vater, welcher eine Pupillarsubstitution anordnete, errichtete zwei Testamente[8]) (testamentum suum und pupillare), und ernannte in dem Pupillarsubstituten einen Erben für sein Kind, dessen Vermögen jenem als Nachlaß zufallen sollte.[9])

Diese veränderte Anschauung führte jedoch nicht dahin, das in uralter Sitte begründete Recht des Hausvaters, über das Vermögen seines Hauskindes, wenn es noch unmündig verstürbe, letztwillig zu disponiren, in

---

5) Fr. 28 de rebus auct. iud. poss. 42, 5.

6) Fr. 10 §. 5 h. t. 28, 6; fr. 28 de reb. auct. iud. possit 42, 5 (in den Schlußworten: neque in bonis patris est, quod pupillus acquisiit).

7) Fr. 2 §. 4. 10. §. 2—4. 12. 47. h. t.; fr. 42 pr. de acquir. her. 29, 2; fr. 28 de reb. auct. iud post. 42, 5.

8) Gaius II, §. 180; §. 5 J. de pup. subst. 2, 16; fr. 2 §. 1, 7. 10 §. 4. 16 §. 1. 20 pr. 38 §. 3. 44 h. t. Das testamentum pupillare führt auch den Namen secundae tabulae, weil es dem väterlichen nachfolgte, fr. 2. §. 2. 12. 38 §. 3 h. t.

9) Fr. 2 pr. §. 1, 4. 6. (quasi a pupillo capiat) 9. 16 §. 1. 20 §. 1 h. t. Bediente sich der Testator der althergebrachten Formel: tunc Titius mihi heres esto, so sah man es so an, als wäre jenes Wort nicht hinzugefügt, fr. 8 §. 1 de bon. poss. sec. t. 37, 11.

Zweifel zu ziehen oder es ihm gar abzusprechen. Vielmehr blieb diese Befugniß unangetastet und ebenso die hergebrachte Auffassung, daß der dem Kinde ernannte Erbe secundus heres des Vaters und Pupillarsubstitut sei, in ihrer Wirksamkeit bestehen, dergestalt, daß man selbst jetzt noch dem Vater das Recht einräumte, sogar dem exheredirten Kinde einen Erben für den Fall zu bestimmen, daß es unmündig versterben würde, und daß man eine solche Erbeinsetzung gleichermaßen Substitution nannte.[10])

Aus jenem begrifflichen Zusammenhange der Vulgar- und Pupillarsubstitution erklärt es sich unter Anderm auch, daß die Anordnung der einen stillschweigend auch die der anderen involvire, ein Rechtssatz, welcher die Eintheilung beider Substitutionen in substitutio (vulgaris, pupillaris) expressa und tacita veranlaßt hat.

Höchst wahrscheinlich hat die Entwickelung dieses Rechtssatzes den Gang genommen, daß zuerst der Schluß von der angeordneten Pupillarsubstitution auf die zu präsumirende Vulgarsubstitution als der innerlich am meisten gerechtfertigte von der Doktrin aufgestellt und in der Praxis vielfach adoptirt, später der umgekehrte Schluß ebenfalls von der Doktrin für gerechtfertigt erachtet wurde, und daß schließlich beide Schlußfolgerungen die legislatorische Sanktion durch ein Rescript von Mark Aurel und Lucius Verus erhielten und auf diese Auktorität hin in der Gerichtspraxis allgemeine Geltung fanden.[11])

---

10) Fr. 10 §. 5 h. t.: Ad substitutos pupillares pertinent, et si quae postea pupillis obvenerint. Neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis; cum et exheredato substituere quis possit. Vergl. auch fr. 1 §. 2 h. t.

11) Dafür, daß auch die substitutio pupillaris tacita der Doktrin ihren Ursprung verdankt, scheinen mir die Anfangsworte eines Rescripts von Alexander (c. 4 de imp. et aliis subst. 6, 26) zu sprechen: Quum placuerit, substitutionem impuberi, qui in potestate

Den Rechtssatz selbst, daß der Testator mit der Anordnung der einen Substitution stillschweigend auch die andere verfügt habe, bezeugt unter Hinweisung auf jenes Rescript Modestin im fr. 4 pr. h. t.:

Jam hoc iure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut, quum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit.

Man wandte denselben auch bei einem andern genus substitutionis an, bei der substitutio reciproca, wenn die mehreren instituirten unmündigen Hauskinder gegenseitig mit der Formel „eosque invicem substituo“ in alterum casum substituirt waren, und fand für diese Ausdehnung einen Anhaltspunkt in einem schon von Antoninus Pius erlassenen Rescripte, wonach der für beide Substitutionsarten gebräuchliche Ausdruck (commune verbum, wie es im §. 2 des citirten fr. 4 heißt) substituo, wenn der casus substitutionis nicht speciell hinzugefügt worden sei, als auf beide vom Testator bezogen angesehen werden sollte.[12]

Ueberall aber, wo man jenen Rechtssatz anwandte, geschah es mit der negativen Beschränkung, daß der Testator eine dem Schlusse von der einen Substitution auf

---

testatoris fuerit, a patre factam ita Si heres non erit porrigi ad eum casum, quo, posteaquam heres extitit impubes decessit, si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur etc. Das obgedachte Rescript führte also nicht neue, bis dahin nicht gekannte oder nicht angewandte Rechtssätze ein, sondern bestätigte lediglich die bereits von der Doktrin durch Interpretation des testatorischen Willens gefundenen Regeln. Vergl. Savigny, Syst. I §. 24 S. 134 und Obl. Recht I S. 64.

12) Fr. 4 §. 1 h. t.: Quod ius ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur. Nam si pater duos filios impuberes heredes instituat eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri divus Pius constituit.

die andere zuwiderlaufende Willensbestimmung nicht getroffen habe.[13])

Gegenstand der nachfolgenden Erörterung soll die Bedeutung sowie die processualische Natur dieser negativen Restriktion sein. Hierbei werde ich speciell auf die substitutio pupillaris tacita Bedacht nehmen, weil es sich um diese in dem am Schlusse mitgetheilten Rechtsfalle handelt.

Zunächst ist es nicht zu bezweifeln, daß bei der substitutio pupillaris tacita der Gesetzgeber auf den Grund der in der angeordneten Vulgarsubstitution ausgesprochenen voluntas präsumirt, es entspreche auch der Willensmeinung des Testators, daß der Vulgarsubstitut auch pupillariter dem zum Erben eingesetzten Hauskinde substituirt sei, dergestalt, daß, wenn der Testator an den möglichen Eintritt der die Pupillarsubstitution bedingenden Voraussetzung gedacht, er diese Pupillarsubstitution ebenfalls ausdrücklich angeordnet hätte. Von dieser Präsumtion ausgehend, sieht es der Gesetzgeber so an, als ob die Pupillarsubstitution ausdrücklich vom Testator angeordnet worden wäre.

Beides, die Präsumtion, daß der Testator ebenfalls die Pupillarsubstitution gewollt, und die Fiktion, daß er sie angeordnet habe, ist aus unsern Quellen erweisbar.

Die letztere findet sich ausgesprochen in den Worten der oben mitgetheilten Stellen (fr. 4 pr. §. 2 h. t.): in utrumque casum substituisse intelligatur, in utrumque casum substituisse videbitur, ita enim in altero utraque substitutio (sc. facta esse) intelligitur.[14])

---

13) Fr. 4 §. 2 h. t.: Ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragatur; c. 4 h. t.: — si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur.

14) Intelligere wird nicht nur zur Bezeichnung einer Präsum-

Daß dieser Fiktion die vorerwähnte Präsumtion zu Grunde liegt, dieß ergibt sich aus einer Auslassung Modestin's in fr. 4 §. 2 h. t. über die Schlußfolgerung von der Vulgar- auf die Pupillarsubstitution. Er gibt hierbei dem Testator den Rath, durch ausdrückliche Anordnung einen Streit über seine voluntas vorabzuschneiden, nämlich darüber, ob anzunehmen sei, daß er lediglich an die Vulgarsubstitution, oder daß er auch an die Pupillarsubstitution gedacht und ihre Anordnung gewollt habe: ne voluntatis quaestionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona (als zweites, ausgelassenes Glied offenbar hinzuzudenken: an et de pupillari substitutione in impuberis persona) sensisse intelligatur.

Daß der Gesetzgeber den bloß wahrscheinlichen[15]) Thatumstand, es habe der Erblasser neben der einen auch die andere Substitution gewollt, als wahr nur resolutiv-

tion, sondern auch sehr häufig zur Bezeichnung einer gesetzlichen Fiktion gebraucht, also da, wo eine unwahre Thatsache als wahr unterstellt und an sie die rechtliche Wirkung der wahren Thatsache geknüpft wird, z. B. in fr. 26 de statu hominum 1, 5 (qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse), vergl. mit fr. 231 de v. s. 50, 16 (eum, qui nasci speratur, pro superstite esse; über diese gleiche Bedeutung von pro vergl. meine Abhandlung in diesem Archive Bd. 34 S. 116); fr. 5 de his qui not. inf. 3, 2; fr. 6 pr. in quib. c. pign. 20, 2; fr. 14 ad munic. 50, 1; fr. 32. 76. 140. 156. 229 de v. s. 50, 16. In gleichem Sinne wird auch oft videri gebraucht, z. B. in fr. 5 de inoff. test. 5, 2; fr. 4 pr. §. 1 de re iud. 42, 1.

15) Der Schluß von der einen auf die andere Substitution hatte außer einem inneren auch einen äußeren Rechtfertigungsgrund, und dieser letztere war vielleicht für den Schluß von der Vulgar- auf die Pupillarsubstitution der entscheidende. Die uns im pr. J. und fr. 1 §. 1 h. t. überlieferte Formel, welche offenbar als eine althergebrachte sich darstellt, war nämlich dann, wenn ein Hausvater testirte, der noch unmündige Kinder hatte, eine so stereotype und tagtäglich vorkommende, daß, Falls in einem Testamente einmal ausnahmsweise eins der beiden Glieder si — sive fehlte, anzunehmen war, der Testator habe dieß eine Glied bloß vergessen, nicht absichtlich ausgelassen.

bedingungsweise bis zum Beweise der Unwahrheit unterstellt, also nur eine einfache praesumtio iuris aufstellt, dieß ergibt sich sowohl aus der Stellung, welche der Gesetzgeber zu dem Testator in Bezug auf die Ergründung seiner voluntas einnimmt und der Natur der Sache nach allein einnehmen kann, als auch aus der von der Römischen Doktrin ausdrücklich jener Unterstellung beigefügten Negativbedingung: si non contraria defuncti voluntas extitit.

Der Gesetzgeber kann und will hier nur den Willen des Erblassers erforschen und feststellen und in seinem Sinne eine Lücke in dessen letztwilliger Disposition ausfüllen. Hat derselbe eine abweichende Willensmeinung zu erkennen gegeben, so hat der Gesetzgeber von jener Feststellung überhaupt als einer nunmehr überflüssigen abzustehen.

Dieß Verhältniß zwischen Gesetz und Testator ist ausdrücklich in jener Negativbedingung anerkannt. Diese stellt sich als eine nothwendige Voraussetzung der Gültigkeit jener Gesetzesannahme dar, deren Charakter als einer einfachen praesumtio iuris sie in helleres Licht setzt und gegen Mißdeutung sichert.

Betrachtet man nun im Nähern den Inhalt und Sinn derselben, so ist es zunächst klar, daß damit nicht gesagt sein soll, es müsse der Testator eine mit der gesetzlichen Unterstellung übereinstimmende Willensäußerung kund gegeben haben. Dieß widerspräche ganz dem Sinne der negativen Fassung jener Bedingung. Ebensowenig wäre die Ansicht gerechtfertigt, daß der gesetzlichen Präsumtion eine unterstützende Willensäußerung des Testators zur Seite stehen müsse. Auch dieß stritte gegen den Sinn jener Fassung. Dem Gesetzgeber genügt die Thatsache, daß der Testator eine Vulgarsubstitution gewollt und angeordnet hat, und die hierin zu findende Wahrscheinlichkeit, daß der Testator den Vulgarsubstituten auch zum Pupillarsubstituten haben wolle, um darauf seine Präsumtion zu gründen.

Der richtige Sinn der Worte si voluntas parentis non refragatur, si non contraria defuncti voluntas extitit kann vielmehr nur der sein, daß der Testator seinen Willen nicht dahin zu erkennen gegeben habe, daß die angeordnete Vulgarsubstitution nur als solche beabsichtigt sei und deßhalb auf ihre eigene, gesetzliche Voraussetzung (si filius heres non erit) beschränkt bleiben solle. Ist dieß der Fall, so fällt für den Gesetzgeber die Grundlage seiner Präsumtion, die Wahrscheinlichkeit hinweg, daß der Wille des Testators weiter gehe als seine Disposition. Die Nichtberücksichtigung seiner contraria voluntas würde dahin führen, daß das Gesetz im Widerspruche mit dem Testator über den Nachlaß seines Kindes verfügen würde, während es nur im Sinne des Erblassers als Interpret seines Willens handeln will. Mit jener Präsumtion fällt dann auch die Fiktion weg, da diese nur auf jene gegründet und von ihr völlig abhängig ist.[16])

Jene contraria voluntas kann sich nun sowohl direkt als indirekt kund geben. Das Erstere ist alsdann der Fall, wenn sich ergibt, daß der Testator den Vulgarsubstituten nicht zum Pupillarsubstituten haben will, das Letztere, wenn er eine anderweite Anordnung trifft, welche mit der Anordnung einer Pupillarsubstitution nicht in Einklang zu bringen ist.

Als Beispiel der ersteren Art läßt sich der Fall anführen, daß der Erblasser die gesetzliche Voraussetzung der Vulgarsubstitution besonders hervorhebt, etwa mittelst Unterstreichens der betr. Worte: „Zu meinem Erben ernenne ich meinen Sohn A. Sollte er nicht mein Erbe werden, so setze ich den B zum Erben ein.“[17])

Ein Beispiel der indirekt kund gegebenen contraria

16) Fr. 4 §. 2 h. t.: ita enim in altero utraque substitutio (sc. facta esse) intelligitur, si voluntas parentis non refragetur.

17) Vergl. Vangerow a. a. O. S. 204.

voluntas geben uns unsere Quellen selbst. Wenn der Testator sein unmündiges Hauskind und daneben einen unmündigen oder nicht in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Dritten (seine Frau, ein mündiges Hauskind, einen unmündigen filius naturalis) zu Erben einsetzt, und entweder diesen gemeinsam vulgariter einen Andern oder sie selbst gegenseitig substituirt, so soll die praesumtio iuris ausgeschlossen sein.

Darin, daß dem Instituirten gleichmäßig substituirt worden ist, gibt der Erblasser kund, daß auch die Voraussetzung, unter welcher der Substitut Erbe werden soll, in allen Fällen dieselbe sein soll. Nun kann aber bei dem coheres von einer Pupillarsubstitution nicht die Rede sein, folglich — schließen Paulus, Modestin und Alexander — will der Testator auch dem impubes suus nur vulgariter substituiren: incongruens (d. i. dem Sinne und der Intention der gleichmäßigen Substitution widersprechend) enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris.[18])

Mag es sich nun um eine direkte oder um eine indirekte Willensäußerung des Testators handeln, in beiden Fällen muß sie, um die vorbezeichnete Wirkung zu äußern, so beschaffen sein, daß aus ihr deutlich das Gegentheil der gesetzlichen Präsumtion hervorgeht. Dieß folgt aus dem Begriffe und der Wirkung jeder praesumtio iuris von selbst.[19])

Nachdem im Vorstehenden das Wesen der substitutio pupillaris tacita und ihrer negativen Voraussetzung erörtert worden ist, soll jetzt noch Einiges darüber bemerkt werden, in welcher Weise diese Voraussetzung processualisch zu behandeln ist.

Denken wir uns den Fall, daß der Vulgarsubstitut, nachdem das instituirte Hauskind die Erbschaft des Vaters

18) Fr. 4 §. 2. 45 pr. h. t.; c. 4 eod. 6, 26.

19) Vergl. auch Wening in der Gießner Zeitschr. III. S. 132—136.

angenommen hat und nachher in der Unmündigkeit verstorben ist, dessen Intestaterben auf Herausgabe seines Nachlasses mit der hereditatis petitio belangt.

Zunächst bedarf es bei Anstellung der Klage für den Kläger zur Darlegung seines Erbrechts mehr nicht als der Behauptungen, daß der Vater sein unmündiges Hauskind zum Erben eingesetzt und demselben für den Fall, daß es ihn nicht beerbe, den Kläger substituirt habe, und daß das Hauskind nach dem Tode des Vaters vor erlangter Volljährigkeit verstorben sei. Hiermit sind diejenigen Thatsachen angegeben, an welche das Gesetz die praesumtio iuris mit ihren rechtlichen Wirkungen knüpft.

Gemeinrechtlich besteht bekanntlich für die Parteien nicht die Verpflichtung, schon im ersten Verfahren, welches lediglich die Sammlung des faktischen Streitstoffes bezweckt, sich der Beweismittel für die ihre Intentionen begründenden Thatsachen zu bedienen. Es ist dies ihnen nur gestattet, und der Gegner ist nur verpflichtet, sich auf die im Original vorgelegten Beweisurkunden bei Strafe der Anerkennung zu erklären.[20]

Legt der Kläger zufolge dieser processualischen Befugniß mit seiner Klage das schriftlich errichtete Testament vor oder kommt dasselbe im späteren Verlaufe des Processes, z. B. im Beweisverfahren, zur richterlichen Kenntnißnahme, so hat der Richter seinen gesammten Inhalt zu prüfen und, falls darin sich die contraria voluntas des Erblassers klar kund gegeben hat, dem Kläger sein auf stillschweigend angeordnete Pupillarsubstitution gegründetes Erbrecht abzusprechen, selbst wenn Seitens des Verklagten eine Vertheidigung aus dieser contraria voluntas nicht entnommen worden ist; denn deren Nichtvorhandensein ist eine sich von selbst verstehende, nothwendige Voraussetzung für die praesumtio iuris, auf welcher das Erbrecht des Klägers basirt.

---

20) Vergl. J. R. A. §. 35. 39. 46; Heffter, System §. 396; Martin, Lehrb. §. 147; Linde, Lehrb. §. 194. 210; Bayer, Theorie des Civilpr. S. 307 (7. Aufl.).

Andrerseits ist die Abwesenheit einer contraria voluntas ein Umstand, welchen seiner juristischen Beschaffenheit und seinem Verhältnisse zu der hier fraglichen Rechtsvermuthung zufolge der Kläger darzulegen und zu beweisen nicht verpflichtet ist; letzteres, ohnehin ein Ding der Unmöglichkeit, schon deßhalb nicht, weil der Kläger damit nur eine seinen Anspruch beseitigende Thatsache leugnen würde. Will also der Verklagte das Vorhandensein der contraria voluntas in den Proceß hereingezogen sehen und zur Entscheidung des Richters gebracht wissen, so muß er einredeweise eine deutlich erkennbare contraria voluntas thatsächlich begründen und beim Ableugnen des Klägers auch beweisen. Hierdurch macht er sich unabhängig von der reinen Zufälligkeit, daß aus den späteren eigenen Behauptungen oder Beweismitteln des Klägers jene contraria voluntas testatoris sich noch ergeben könne.

Es verhält sich hier also grade so wie in den mannichfachen Fällen, in welchen das Prätorische Edikt das Klagrecht an negative Voraussetzungen geknüpft hat, z. B. den Interdiktenschutz für den nec vi nec clam nec precario ausgeübten Besitz und das interdictum quod legatorum, um den Besitz einer dem Legatar legirten und von diesem non voluntate heredis in Besitz genommenen Sache zu erlangen.[21]

Den in der Praxis so äußerst seltenen Anlaß zur Anwendung der von der substitutio pupillaris tacita geltenden Rechtsnormen bot ein vor Kurzem vor kurhessischen Gerichten verhandelter Rechtsstreit, dessen Mittheilung eben wegen jener Seltenheit von Interesse sein wird.

Im Jahr 1849 verstirbt Johannes Koch zu L. mit Hinterlassung seiner Ehefrau, Katharina geb. R., und eines mit ihr erzeugten, einzigen und damals fünf Jahre alten Kindes, Elias Karl. Als nächste weitere Verwandte

21) Vergl. Sintenis in Sell's Jahrb. I. S. 441 ff.

überleben ihn sein Oheim Peter Koch und seine Tante Dorothea verehelichte M.

In einem von Johannes Koch gerichtlich errichteten Testamente finden sich folgende Bestimmungen:

§. 1. „Zu meinem Universalerben setze ich meinen einzigen Sohn Elias Karl ein.

Sollte ich noch Kinder erzeugen, so sollen meine sämmtlichen Kinder meine Universalerben zu gleichen Theilen sein.

Diesen meinen direkten Erben substituire ich diejenigen Personen, welche, wenn ich kinderlos wäre, meine gesetzlichen Erben sein würden."

§. 2. „Meine Ehefrau Katharina geb. N. soll das ihr nach den dahier geltenden Bestimmungen [22]) zustehende Nießbrauchsrecht an meinem Vermögen so lange ungeschmälert ausüben, als sie sich nicht wieder verheirathen wird. Im Falle sie sich nach meinem Tode wieder anderweit verehelichen sollte, soll ihr der Nießbrauch am ganzen Vermögen so lange zustehen, bis mein Sohn Elias Karl volljährig, oder sich im früheren Lebensalter verheirathen wird. Von diesem einen oder andern Zeitpunkte an sollen ihr im Falle ihrer anderweiten Verehelichung nur zwölf Morgen Gut zur Nutznießung verbleiben. Sollte ich noch mehrere Kinder hinterlassen, so soll sie einem jeden derselben bei dessen Volljährigkeit oder früheren Verehelichung seinen Vermögensantheil herausgeben und von demselben verhältnißmäßig so viel Land zur Nutznießung zurückbehalten, bis sie die oben erwähnten zwölf Morgen erhält. Es versteht sich von selbst, daß sie meinem Sohn Elias Karl bei seiner Verehelichung oder Volljährigkeit meinen gesammten Nachlaß ausliefert und nur die oben erwähnten zwölf Morgen zur lebenslänglichen

---

22) D. i. des Solms'schen Landrechtes, welches am Domicile des Erblassers, in einem zum früheren Fürstenthume Isenburg-Birstein gehörigen Dorfe, seit 1578 gilt, und einer Fürstl. Isenburger Verordnung vom 18. Nov. 1769.

Benutzung zurückbehält, wenn dieser mein alleiniger Erbe wird."

§. 5. „Wenn ich keine direkten Erben hinterlasse, vielmehr die substituirten Erben wir nachfolgen, so soll meine Ehefrau, welche, wenn sie sich nicht wieder verheirathet, wie unter 2 angegeben, das Vermögen ungeschmälert ausüben, im Falle ihrer Wiederverehelichung den Nießbrauch nur von einem Drittheil meines Vermögens behalten, so daß die substituirten Erben zwei Drittheile desselben ausgeliefert erhalten können."

Im Jahr 1852 verstirbt Elias Karl Koch im unmündigen Alter von 9 Jahren, und dessen Mutter, welche seit dem Tode des Mannes das ihr zustehende Nießbrauchsrecht an dessen ganzem Vermögen ausgeübt hatte, verheirathet sich anderweit im Jahr 1853 mit Caspar B.

Da dieselbe das Erbrecht des Oheims und der Tante ihres verstorbenen ersten Mannes als Pupillarsubstituten ihres Sohnes nicht anerkennt und sich weigert, dessen Vermögen mit Vorbehalt der Nutznießung an einem Drittheil herauszugeben, so erheben jene unter Darlegung des vorerwähnten Sachverhältnisses und unter Vorlage des Testaments sowie des nach dem Tode des Testators über dessen Nachlaß aufgenommenen Inventars beim Justizamte L. gegen die jetzige Ehefrau B. Klage und bitten,

zu erkennen, daß sie zu gleichen Theilen die substituirten Erben des Elias Karl Koch geworden seien und demgemäß die Verklagte schuldig sei, dessen Nachlaß nach dem vorgelegten Inventar, vorbehaltlich des zustehenden Nutznießungsrechts zu $1/3$, sammt den gezogenen bezw. zu ziehen gewesenen Früchten, Letzteres vorbehaltlich der Liquidation, herauszugeben, auch die Verklagte in die Kosten des Rechtsstreites zu verurtheilen.

Excipirend gesteht die Verklagte das gesammte, der Klage zu Grunde liegende Sachverhältniß ein, versucht jedoch darzulegen, daß sie ihren Sohn Elias Karl ab intestato beerbt habe, indem die im Testamente

angeordnete Substitution sich lediglich als Vulgarsubstitution darstelle, deren Voraussetzung nicht eingetreten sei. Eventuell ficht sie noch das Testament, weil der Testator sie als Notherbin des Kindes weder instituirt noch gültig exheredirt habe, als nichtig an, und nimmt weiter eventuell den Pflichttheil auf ein Drittheil des Nachlasses und wegen Nichtanerkennung dieses Rechts nach c. 33 pr. de inoff. test. 3, 28 auf ein weiteres Drittheil in Anspruch.[23])

Das Wesentliche aus den beiderseitigen, auf die Erbrechtsfrage bezüglichen Deduktionen ist folgendes.

Die Verklagte findet dafür, daß vom Testator, welcher lediglich für sich und in Betreff seines Nachlasses Bestimmungen getroffen, ausschließlich eine Vulgarsubstitution anzuordnen beabsichtigt worden sei, hauptsächlich den Beweis theils in den Worten des §. 1: „wenn ich kinderlos wäre", theils in denen des §. 5: „wenn ich keinen direkten Erben hinterlasse, vielmehr die substituirten Erben mir nachfolgen."

Die Kläger heben dagegen in der Replik als ein die gesetzliche Unterstellung bestärkendes Moment das aus dem ganzen Testamente ersichtliche Bestreben des Erblassers hervor, seine Erbschaft nicht an seine Ehefrau, sondern zunächst an den Sohn, eventuell an seine nächstberufenen Intestaterben gelangen zu lassen.

In der Duplik wird von der Verklagten noch als weiteres Argument für die contraria testatoris voluntas geltend gemacht, daß bei Unterstellung einer substitutio pupillaris tacita es an einer Bestimmung des Testators über den Nießbrauch seiner Ehefrau im Falle ihrer Wieder-

---

23) Eine weitere Deduktion der Verklagten, daß ihr nach dem einschlagenden Particularrechte der dem überlebenden Ehegatten am Vermögen des Verstorbenen zustehende Nießbrauch nicht einseitig entzogen oder geschmälert werden dürfe, lasse ich hier, als dem Gegenstande dieses Aufsatzes fremd, außer Betracht. Das Obergericht hat sich in diesem Punkte zu Gunsten der Verklagten aus- und ihr den Nießbrauch am ganzen Vermögen des Testators zugesprochen.

verheirathung fehlen würde. Während nämlich von den dieserhalb getroffenen, von einander divergirenden Anordnungen die im §. 2 nur den Fall im Auge habe, daß der Sohn Erbe des Testators werde und nachher die Volljährigkeit erreiche oder sich vorher verheirathe, greife die Bestimmung im §. 5 nur dann Platz, wenn der Sohn den Vater nicht beerbt habe. Vorliegend sei jedoch der Sohn Erbe des Vaters geworden, jedoch unmündig verstorben und auf diese Eventualität passe keine von jenen Anordnungen.

Nach dem Schlusse des ersten Verfahrens weist das Justizamt durch Bescheid die Klage als unbegründet zurück.

In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß die gesetzliche Vermuthung, es habe der Vater mit der Anordnung der Vulgarsubstitution auch die einer Pupillarsubstitution gewollt, nur dann unterstellt werden könne, wenn es an Gründen fehle, die gegen eine solche Absicht des Testators sprächen. Dergleichen Gründe seien aber hier vorhanden. Es sei der Unmündigkeit des Kindes im Testamente mit keinem Worte erwähnt. Nach den Anfangsworten des §. 5 (vielmehr die substituirten Erben mir nachfolgen) habe der Testator nur an den Fall der Vulgarsubstitution gedacht und daher auch nur diese beabsichtigt. Derselbe habe für den Fall, daß sein Sohn ihn überlebe und beerbe, eine ganz andere Bestimmung über den Nießbrauch seiner Wittwe getroffen (§. 2) als für den Fall, daß der Sohn vor ihm versterbe (§. 5), so daß, wenn er eine Pupillarsubstitution beabsichtigt hätte, es ganz unerläßlich gewesen wäre, im §. 2 zugleich eine Bestimmung darüber aufzunehmen, wie es mit jenem Nießbrauche gehalten werden solle, wenn der Sohn nach dem Testator in der Unmündigkeit verstürbe. Jedenfalls sei die Klage verfrüht, indem der Verklagten jedenfalls nach §. 2 der Nießbrauch am ganzen Vermögen zustehe, da ihr Sohn seinen Vater überlebt und beerbt habe, und dieß Vermächtniß durch die

Bestimmung im §. 5 nicht alterirt werde, da diese auf den Fall beschränkt sei, daß der Sohn vor dem Vater verstürbe.

Gegen diesen Bescheid appelliren die Kläger an das Obergericht zu Fulda.

In der Rechtfertigung der über die Zurückweisung der Klage erhobenen Beschwerde wird zunächst deducirt, daß die Vermuthung, es habe der Vater mit der Vulgarsubstitution zugleich pupillariter substituiren wollen, zu einer *gesetzlichen* erhoben worden sei, zu deren Ausschluß es eines *vollständigen Gegenbeweises* der contraria voluntas bedürfe, und hieran wird die Ausführung geknüpft, daß es an diesem Gegenbeweise fehle. Insbesondere habe die Disposition im §. 5 keine Veranlassung geboten, sich über die Erbeinsetzung im §. 1 erläuternd zu äußern, und es seien die Eingangsworte im nämlichen Sinne zu verstehen, wie die Substitutionsanordnung im §. 1 selbst, nämlich als die Pupillarclausel stillschweigend enthaltend, weßhalb nicht einmal zu behaupten sei, es habe der Erblasser dabei die Pupillarsubstitution nicht mit im Auge gehabt. Wäre aber auch die Beschränkung des Nießbrauchs nur für die Eventualität der vulgaren Substitution verfügt, so folge daraus doch keineswegs, daß der Testator bei der Erbeinsetzung im §. 1 die Pupillarsubstitution nicht gewollt habe. Die aus den Dispositionen über den Nießbrauch im §. 2 und 5 gefolgerte Annahme einer contraria voluntas beruhe auf der Verkennung der substitutio pupillaris *tacita*, indem der Unterrichter für die Ordnung jenes Nebenpunktes die *ausdrückliche* Erwähnung des Falles verlange, welchen das Gesetz als in der Substitution stillschweigend enthalten erklärt habe. Grade jene Dispositionen, wie auch der sonstige Inhalt des Testaments ließen deutlich die Absicht des Testators erkennen, sein Vermögen für den Fall des Todes seines Kindes nicht seiner Wittwe, sondern seinen Blutsverwandten zuzuwenden, wie auch die

im §. 3 angeordnete Vormundschaft keine besondere Affektion zu seiner Wittwe bethätige. Schließlich wird die Bitte gestellt:

unter Aufhebung des angefochtenen Bescheides die Appellanten als Erben des streitigen Nachlasses zu erkennen und die Appellatin zu dessen Herausgabe zu $^2/_3$ nach einem zu errichtenden Inventar sammt Früchten zu verurtheilen,

eventuell sie zur Errichtung eines vollständigen Nachlaßinventars unter Anerkennung der Erbenqualität zu verurtheilen.

Die Appellationsexceptionsschrift bezieht sich auf die erstinstanzlichen Deduktionen, die sie theilweise wiederholt.

Das Obergericht zu F. erkennt hierauf reformatorisch dahin, daß, unter Aufhebung des angefochtenen Amtsbescheides, den Klägern der Nachlaß des Johannes Koch nach seinem Bestande zur Zeit des Ablebens des Elias Karl Koch, vorbehaltlich des von der Beklagten Zeitlebens daran zu übenden Nießbrauchs, zuzusprechen und die Verklagte zu verurtheilen und anzuweisen sei, den gedachten Nachlaßbestand mittelst eines von ihr anerkannten ordnungsmäßigen Inventars oder eines von ihr aufgestellten Privatverzeichnisses, dessen Vollständigkeit von ihr auf klägerisches Begehren eidlich zu bestärken sei, festzustellen.

Die Entscheidungsgründe lauten, soweit sie die Erbrechtsfrage betreffen, dahin:

„Nach gesetzlicher Vorschrift soll eine Substitution, welche in Verhältniß zu einem als nächsten Erben eingesetzten unmündigen Kinde erfolgt, im Zweifel dahin verstanden werden, daß der substituirte Erbe nicht allein für den Fall, daß der eingesetzte Erbe gar nicht zur Erbschaft gelange, sondern auch, wenn derselbe nach dem Erbschaftserwerbe vor der Mündigkeit ersterbe, zu der Erbschaft gerufen sei. Es gründet sich diese Auslegungsregel insofern auf die natürliche Grundlage des vermuthlichen Wil-

lens des Testators, als es wahrscheinlich ist, daß derjenige, welcher dem eingesetzten Erben einen andern substituirt, diesen letzteren auch für den Fall berufen haben will, wenn der erstberufene Erbe zu einer Zeit wieder hinwegfällt, wo ihm eine persönliche selbstständige Herrschaft über das ererbte Vermögen noch gar nicht zu Theil geworden ist, und daß daher der Testator auch von seiner Befugniß, für diesen zweiten Fall die Substitution anzuordnen, habe Gebrauch machen wollen.

Hiernach eignen sich die Worte im §. 1 des Testaments: „diesen meinen direkten Erben substituire ich diejenigen Personen, welche, wenn ich kinderlos wäre, meine gesetzlichen Erben sein würden", vollkommen dazu, daß in ihnen auch die s. g. Pupillarsubstitution gefunden werde.

Ein anderes Resultat vermögen auch die Eingangsworte des §. 5: „Wenn ich keine direkten Erben hinterlasse, vielmehr die substituirten Erben mir nachfolgen", nicht zu begründen. Denn diese Worte, welche ohnehin keine selbstständige Disposition, sondern eine Bezugnahme auf die frühere Disposition des §. 1 enthalten, würden sich nach der Sprachweise des Lebens selbst mit der Annahme vereinigen lassen, daß der Testator eine eventuelle Pupillarsubstitution ausdrücklich im Sinne gehabt habe, da er auch für diesen Fall die substituirten Erben als seine (mittelbaren) Nachfolger bezeichnen konnte. Ueberdieß aber genügt es nicht, um die stillschweigende Pupillarsubstitution auszuschließen, daß der Erblasser nach den bei der Substitutionsanordnung gebrauchten Ausdrücken zunächst nur den Fall der gewöhnlichen Substitution im Sinne gehabt habe, vielmehr muß ein bestimmter, auf Ausschließung der Pupillarsubstitution gerichteter Wille bewiesen werden. Hierzu aber sind die hervorgehobenen Worte keinenfalls zureichend. Auch der von der Verklagten in Bezug genommenen c. 9 de inst. et subst. (6, 25) kann vor-

liegend keine Anwendung gegeben werden, da dieselbe einen besondern, hier nicht vorliegenden Fall betrifft.

Eine Verpflichtung des Vaters bei der Pupillarsubstitution, die Notherben seines Kindes zu berücksichtigen, ist rechtlich nicht vorhanden. Es steht daher auch den aus diesem Gesichtspunkte erhobenen Ansprüchen der Beklagten keine Folge zu geben.

Es ist daher die fragliche Erbschaft den Klägern zuzusprechen, um so mehr, als sich aus dem ganzen Testamente die Tendenz des Erblassers ergibt, das nicht unbedeutende Vermögen, vorbehaltlich des seiner Frau daraus zu gewährenden Unterhalts, seiner Familie zu erhalten. In gleicher Weise ist auch bereits früher in Kurhessen Recht gesprochen worden (vergl. Decis. Casell. T. I. S. 66)."

Beide Theile appelliren hierauf gegen dieß Erkenntniß, die Kläger wegen der Anerkennung des Nießbrauchs der Verklagten, diese letztere wegen der Anerkennung des klägerischen Erbrechts an das Oberappellationsgericht zu Cassel.

Dieß schlug den Parteien Behufs gütlicher Einigung vor, die Erbschaft in zwei gleiche Hälften zu theilen, und da dieser Vorschlag an der Weigerung der Verklagten gescheitert war, ertheilte es ein reformatorisches Erkenntniß dahin:

„In Erwägung, daß das Obergericht zwar mit Recht angenommen hat, daß die Bestimmung des Römischen Rechts, wonach die Vulgarsubstitution die Pupillarsubstitution mitenthält, als eine auf den vermuthlichen Willen des Testators sich gründende Auslegungsregel aufzufassen sei,

hiermit aber die Annahme des Obergerichts noch nicht gerechtfertigt wird, daß zur Ausschließung der stillschweigenden Pupillarsubstitution ein bestimmter hierauf gerichteter Wille bewiesen werden müsse, vielmehr, nach richtiger Auslegung der in Betracht kommenden Gesetzes-

stellen des Römischen Rechts, es sich hier zunächst um Beurtheilung derjenigen Momente handelt, aus welchen der allein entscheidende Wille des Testators zu entnehmen ist, und jene im Römischen Rechte anerkannte Vermuthung in solchen Fällen keine Anwendung finden kann, wo erhebliche Wahrscheinlichkeitsgründe die Annahme rechtfertigen, daß der Testator die Pupillarsubstitution nicht beabsichtigt habe;

daß hiernach die Fassung und der gesammte Inhalt des fraglichen Testaments sowie das ganze aktenkundige Sachverhältniß zur Entscheidung der Frage, ob der Testator die in seinem Testamente bezeichneten substituirten Erben auch für den Fall berufen habe, daß sein Sohn Elias Karl Koch bezw. etwaige weitere Kinder ihn überleben und in der Unmündigkeit versterben würden, in Betracht zu ziehen ist;

daß zunächst eine aus dem Testamente hervorgehende Tendenz des Testators, sein Vermögen seiner Familie zu erhalten, worauf das Obergericht ein vorzügliches (?) Gewicht legt, nur insofern angenommen werden kann, als der Testator eine Aenderung der gesetzlichen Erbfolge durch sein Testament nicht beabsichtigte und daher seinen bereits geborenen Sohn Elias Karl, und wenn ihm noch mehrere Kinder geboren werden würden, auch diese zu seinen direkten Erben ernannte, und für den Fall, daß er kinderlos versterbe, diejenigen Personen zu seinem Nachlaß berief, welche alsdann seine gesetzlichen Erben sein würden, aus dieser Beachtung der gesetzlichen Erbfolge aber nicht ohne Weiteres gefolgert werden kann, daß die möglicherweise dem Grade nach sehr entfernten gesetzlichen Erben seinen Nachlaß unter allen Umständen, namentlich auch dann erhalten sollten, wenn derselbe bereits auf den Sohn vererbt und dieser mit Hinterlassung seiner Mutter während der Minderjährigkeit verstorben wäre, vielmehr die vom Testator überall dargelegte Beachtung der ge-

setzlichen Erbfolge eher darauf hinweist, daß er diese auch in solchem Falle gewahrt wissen wolle;

daß die in den §§. 2 und 5 des Testamentes getroffenen Bestimmungen über die gesetzlichen Ansprüche der Wittwe auf den Nießbrauch am Nachlaß des Testators nur die beiden von ihm allein ins Auge gefaßten Fälle berühren, daß er Kinder und direkte Erben hinterlasse, und daß er kinderlos versterbe und die substituirten Erben einträten, dagegen der Testator für den Fall, daß sein Sohn Elias Karl ihn überlebe und während der Unmündigkeit sterbe, hinsichtlich der Nießbrauchsrechte der Wittwe keine Anordnung trifft, welches sich füglich durch die Voraussetzung des Testators erklärt, daß in diesem Falle die Mutter ihren Sohn kraft ihres gesetzlichen Erbrechts beerben werde und damit der bis dahin bestandene Nießbrauch von selbst erloschen sei;

das der Testator auch auf die Möglichkeit, daß er außer seinem Sohne Elias Karl noch anderweitige Kinder erzeugen könne, in seinem Testamente ein solches Gewicht legt, daß er nicht nur diese Kinder ausdrücklich zu Erben einsetzt, sondern daß er auch „diesen seinen direkten Erben" diejenigen Personen substituirt, welche, wenn er kinderlos wäre, seine gesetzlichen Erben sein würden, ohne daß er jedoch den Eintritt dieser Substitution auch für den Fall anordnet, daß von jenen mehren Kindern das eine oder andere während der Unmündigkeit verstürbe, vielmehr in diesem Falle die gesetzliche Erbfolge zu Gunsten der Geschwister und der Mutter offensichtlich nicht ausgeschlossen wissen will, ein in solchem Falle der Mutter verbleibendes gesetzliches Erbrecht ihr aber, unter Mitberücksichtigung der bereits erwogenen Momente, nicht als für den Fall entzogen angenommen werden kann, daß der allein gebliebene und den Vater überlebende Sohn Elias Karl in der Unmündigkeit verstirbt;

daß hierzu noch das besondere Gewicht hinzukommt, welches bei bereits vorliegenden Anhaltspunkten dem in

der Natur der Verhältnisse an sich begründeten und in der c. 9 de inst. 6, 25 eine gesetzliche Unterstützung findenden Wahrscheinlichkeitsgrunde beizulegen ist, daß ein testirender Vater seine Ehegattin von der Beerbung des gemeinschaftlichen, nach dem Testator in der Unmündigkeit versterbenden Kindes nicht auszuschließen beabsichtige, zumal wenn es an der Darlegung einer gegen sie gerichteten feindlichen Absicht im Testamente gänzlich fehlt, wodurch der vorliegende Fall von dem im Obergerichtsbescheide erwähnten, vom Oberappellationsgerichte früher entschiedenen Fall (Dec. I, 66) sich wesentlich unterscheidet;

daß hiernach die Beschwerde der Verklagten begründet erscheint und damit auch die Beschwerde der Kläger ihre Erledigung findet,

wird unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses des Obergerichts der Bescheid des Justizamts wiederhergestellt u. s. w."

Meines Erachtens hat das Obergericht, und nicht die höchste Instanz, die Erbrechtsfrage richtig entschieden.

Das Oberappellationsgericht nimmt mit erheblichen Wahrscheinlichkeitsgründen Genüge, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Testator eine Pupillarsubstitution nicht beabsichtigt habe. Das Römische Recht verlangt jedoch den Beweis, daß der Testator bei Anordnung der Vulgarsubstitution nur diese beabsichtigt habe (c. 4 h. t.: si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur). Mit der einen Substituirung hat der Erblasser (per praesumtionem iuris) zugleich die andere beabsichtigt, und diese andere gilt (per fictionem) für angeordnet. Das Gesetz sieht das Vorhandensein jener Absicht so lange als gewiß an, bis das Gegentheil — also die Beschränkung der Absicht auf das, was der Testator ausgesprochen hat — erwiesen ist.

Hiernach durfte meiner Ueberzeugung nach der Gesichtspunkt, aus welchem das Testament und das sonstige

aktenkundige Sachverhältniß zu prüfen war, nicht der sein, ob daraus ein über den Inhalt der Erklärung hinausreichender Wille zu entnehmen sei, vielmehr mußte geprüft werden, ob daraus mit Sicherheit zu folgern sei, daß der Testator nicht mehr gewollt als er erklärt hat.

Von diesem Gesichtspunkte aus fehlt es den drei ersten, vom Oberappellationsgerichte geltend gemachten Argumenten an hinreichender Erheblichkeit, während das vierte nur auf moralische, nicht auf gesetzliche Geltung Anspruch hat.

Aus dem §. 1 des Testaments geht soviel mit Gewißheit hervor — und dieß ist das Entscheidende — daß der Testator in Ermangelung von Kindern sein Vermögen nicht seiner Ehefrau, sondern seinen nächsten Verwandten zuwenden will. Das Motiv ist nicht ein abstraktes: Respekt vor der gesetzlichen Erbfolge als solcher, sondern ein concretes, ganz der Denkart von Landleuten entsprechendes: mein Gut soll in meiner Familie bleiben. Die den Verwandten gegebene Bezeichnung war, da der Testator auf den Grad der Verwandtschaft mit ihm kein Gewicht legen wollte, die bequemste und kürzeste.

Daß der Erblasser eine Disposition über den Nießbrauch für den in concreto eingetretenen Fall nicht getroffen hat, erklärt sich mindestens ebenso gut daraus, daß er an diese Eventualität nicht gedacht hat. Hätte er dieß gethan, so würde er gewiß auch im §. 1 für diesen Fall disponirt haben. Scharfsinnig und, wie mir dünkt, ganz im Sinne des Testators hat das Obergericht die Anordnung im §. 5 auf den Fall des nachträglichen Wegfalls des eingesetzten Erben ausgedehnt.

Ebensowenig vermag ich die Ansicht des Oberappellationsgerichts zu theilen, daß eins der mehreren Kinder, wenn es nach Beerbung des Vaters in der Unmündigkeit verstorben wäre, ab intestato von der Mutter und seinen Geschwistern beerbt worden wäre und nach der Intention des Erblassers hätte beerbt werden sollen.

Fassen wir zunächst die Vulgarsubstitution, von welcher der Erblasser allein gesprochen, ins Auge und denken wir uns den Fall so: der Erblasser hat außer dem Sohne Elias Karl noch zwei weitere Kinder erzeugt, von welchen eins vor ihm verstirbt. Hier könnte man versucht sein anzunehmen, daß dessen Erbtheil an die Substituten fallen solle. Dieß widerspräche jedoch sicher der Intention des Erblassers, der vor allen Andern sein ganzes Vermögen seinen Kindern zuwenden will. Dieß ergibt sich insbesondere klar aus den Worten im §. 1: „diejenigen Personen, welche, wenn ich kinderlos wäre, meine gesetzlichen Erben sein würden", im §. 2: „sollte ich noch mehrere Kinder hinterlassen", und im §. 5: „wenn ich keine direkten Erben (d. i. nach §. 1 Kinder) hinterlasse." Im Falle des Vorhandenseins mehrerer Kinder will der Testator die substituirten Seitenverwandten — grade wie bei der Intestaterbfolge — erst dann zur Erbschaft berufen wissen, wenn alle Kinder vorweggefallen sind, si tota hereditas vacasset,[24]) und nach der voluntas testatoris und der Fassung der Substitution erscheint mir die Annahme gerechtfertigt, es habe der Erblasser zunächst die Kinder tacite einander gegenseitig substituirt.

Betrachten wir nunmehr den vom Oberappellationsgerichte besprochenen Fall, so wird man auch hier entscheiden müssen, daß nicht die Seitenverwandten des Testators als stillschweigend pupillariter substituirt das in der Unmündigkeit verstorbene Kind beerben, und zwar wegen der entgegenstehenden Absicht des Testators, da noch andere Kinder vorhanden sind. Vielmehr erben diese als gegenseitig tacite in utrumque casum substituti, nicht ab intestato und mit Ausschluß der Mutter.

---

24) Wie sich Julian im fr. 30 h. t. ausdrückt, wo er auch zufolge der voluntas testatoris dem Miterben den Vorzug vor den Substituten einräumt.

Was schließlich das vierte Argument anlangt, so ist jener favor matris weder für die Zeit der klassischen Jurisprudenz, noch für die des spätern Rechts einzuräumen. Paulus entscheidet im fr. 45 h. t. gegen den Vulgarsubstituten und zu Gunsten der Mutter lediglich, weil die instituirten Erben disparis conditionis sind und nicht deßhalb, weil sie die Mutter ist und der Testator sie von der Beerbung des Kindes nicht auszuschließen beabsichtigte. Ganz ebenso Alexander in c. 4 h. t. In dem in c. 9 de inst. et subst. 6, 25 entschiedenen Falle neigte Papinian schwankend sich mehr auf die Seite der Mutter, allein hauptsächlich, wie es scheint, aus dem Grunde, weil der Erblasser sie mit zu seiner Erbin ernannt hatte. Außerdem ist jene Verordnung nach ihrer ganzen Fassung singulär.[25])

XIV.

Ueber die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils; I. wenn der Schuldner mit Unrecht freigesprochen ist; II. wenn dem letzten von mehreren Pfandgläubigern mit Unrecht ein Vorzugsrecht vor dem ersten zuerkannt ist.

Von

Herrn Dr. **Friedrich Pfeiffer**,

Advocat in Bremen.

In der im ersten und zweiten Hefte dieses Archivs Bd. XXXVII. Nr. VI und X abgedruckten Abhandlung ist der Versuch gemacht worden, darzuthun, daß nach Römischem Rechte weder die Anerkennung eines Rechts durch rechtskräftiges Urtheil an sich den Erwerb dieses Rechts,

25) Vergl. Vangerow a. a. O. S. 209 und die daselbst Citirten.